

TESE 13

Proponente: Gustavo Augusto Soares dos Reis

Área: Criminal

II Encontro Estadual - 2008

Súmula: O reconhecimento fotográfico não pode ser admitido no processo penal, sobretudo sem a observância do art. 226 CPP.

O reconhecimento fotográfico de pessoas em regra não pode ser admitido no processo penal, salvo quando interessar à ampla defesa. Essa praxe não possui previsão legal e o art. 3º do CPP não pode servir de base para a sua admissão, haja vista que sua gênese remonta ao período autoritário do Estado Novo, o que exige uma releitura constitucional sua (a interpretação extensiva, assim, limitar-se-ia a questões ligadas a procedimento). Por outro lado, uma interpretação dogmática do art. 226 do CPP leva a concluir que o reconhecimento fotográfico é rechaçado. Por fim, ainda que se o admita como prova condenatória, há de serem observadas, na prática, as diretrizes do art. 226. Em suma, reconhecimento de pessoas deve ser sinônimo de reconhecimento *presencial* de pessoas.

ATRIBUIÇÃO INSTITUCIONAL CORRESPONDENTE: art. 5º, inc. IX da LC 988/06 (“São atribuições institucionais da Defensoria Pública do Estado, dentre outras: assegurar aos necessitados, em processo judicial ou administrativo, o contraditório e ampla, com meios e recursos a ela inerentes”).

ITEM DO PLANO DE ATUAÇÃO EM QUE SE INSERE: Plano de Metas de Direitos Humanos, onde se prevê, dentre outras coisas, o estudo de precedentes jurisprudenciais que dêem efetividade à proteção dos Direitos Humanos. **Justificativa:** no caso, o estudo tem o sentido de criticar os precedentes judiciais que tratam do assunto debatido.

FUNDAMENTAÇÃO DA TESE:

RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO DE PESSOAS: NA PRÁTICA A TEORIA NÃO PODE SER OUTRA

O presente texto visa trazer algumas reflexões sobre um polêmico tema: o reconhecimento fotográfico de pessoas.

O instituto do reconhecimento de pessoas é, por si próprio, polêmico, e devido ao menos a duas razões: a primeira, que o questiona à luz de estudos de Psicologia aplicados ao direito. O segundo, de cunho eminentemente prático: nos processos judiciais, a observância integral do art. 226 do Código de Processo Penal é rara, excepcional.

Debrucemo-nos um pouco mais sobre essas duas questões.

O eminente magistrado e professor carioca, Geraldo Prado, ao tratar do assunto lembra daquilo denominado “falsas memórias”.

Atuando pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, o estudioso defrontou-se com um caso concreto em cuja decisão encontra-se interessante e pedagógica fundamentação:

“as falsas memórias se diferenciam da mentira, essencialmente, porque, nas primeiras, o agente crê honestamente no que está relatando, pois a sugestão é externa (ou interna, mas inconsciente), chegando a sofrer com isso. Já a mentira é um ato consciente, onde a pessoa tem noção do seu espaço de criação e manipulação” (TJRJ, Apelação n. 2007.050.04426, j. 29 de novembro de 2007)

Realmente, e sobretudo em tempos em que os meios de comunicação por vezes exploram o lucrativo mercado do medo^[1], o que às vezes causa excesso de pânico nas pessoas, qualquer submissão a uma conduta criminosa pode levar a vítima a entrar em um estado de tensão que no mínimo influencia a sua percepção da realidade. Todavia, certamente os crimes de violência à pessoa é que têm mais chances de conviver com as falsas memórias, o que é compreensível.

Por outro lado, a não-observância dos ditames do art. 226 do CPP se transformou em algo comum na prática forense^[2]. Talvez até haja excesso de formalismo no dispositivo legal, e talvez falte estrutura necessária para o seu bom cumprimento, como a arquitetura dos fóruns e o ineficiente número de policiais para a escolta. Mas o fato é que se trata da literalidade do dispositivo que está em jogo e dela não podemos descurar.

De qualquer sorte, nem estamos habilitados e nem almejamos trazer uma reflexão crítica sobre o reconhecimento de pessoas. Neste artigo, nosso intuito é abordar um aspecto seu: o polêmico reconhecimento fotográfico. A abordagem será de cunho científico-dogmática, isto é, fulcrada apenas no direito positivo. Pretendemos analisar a existência ou a inexistência do reconhecimento fotográfico, bem como o seu valor probante. No que tange ao seu valor probante, é certo que ele, em princípio, só faria sentido se admitíssemos a sua existência (=validade) jurídica. Contudo, mesmo a constatação de sua inexistência jurídico-positiva necessita de sua consideração em uma hipótese, como veremos adiante, haja vista que o plano do dever-ser que reputar a sua invalidade jurídica (inexistência legal) não impede que, na prática (ser), ele seja adotado. Nesse caso, então, far-se-á necessário ponderar a sua interpretação.

Pois bem.

Quando trata da prova, o Código de Processo Penal disciplina em seu rol o tema do reconhecimento de pessoas e de coisas. Conforme argumentaremos mais adiante, o reconhecimento **peçoal** a que se refere o CPP é pessoal não apenas no sentido de não ser de objetos (art. 227), mas no sentido de que ele rechaça o reconhecimento fotográfico. A literalidade do art. 226, sobretudo no que atina à expressão “*ao lado de outras pessoas*”, inculpada no inciso II, não deixa margem para outra interpretação. Portanto, daqui em diante devemos entender o reconhecimento de pessoas como reconhecimento *presencial* de pessoas.

É certo que em uma pesquisa jurisprudencial poderemos encontrar tanto julgados que admitem o reconhecimento fotográfico como os que o recusam, ao menos ante a inexistência de demais provas no contexto processual.

A título de exemplo dos julgados que admitem o reconhecimento fotográfico como meio de prova, vejam-se o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

“PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO QUALIFICADO. NULIDADE DA SENTENÇA. CONDENAÇÃO BASEADA FUNDAMENTALMENTE NO RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO DO RÉU NA FASE INQUISITÓRIA. I - É firme o entendimento jurisprudencial no sentido de que o reconhecimento fotográfico, como meio de prova, é plenamente apto para a identificação do réu e fixação da

autoria delituosa, desde que corroborado por outros elementos idôneos de convicção. II – In casu, a sentença condenatória do paciente se baseou, fundamentalmente, no reconhecimento fotográfico do acusado na fase inquisitória, quase um ano após a ocorrência dos fatos, o que não se mostra suficiente para sustentar a condenação do acusado. Writ concedido.” (STJ - HC n.º 22.907/SP; Rel. Ministro Felix Fischer; DJ 04/08/2003).

Quanto àqueles que não o admitem ou que no máximo o concebem como indício, vejamos-se:

“Sem nenhum valor probante o reconhecimento feito. O apontar alguém, em consulta a álbum fotográfico, quando muito, com grande boa vontade, poderá ser ligeiro indício, a ser corroborado por outros firmes elementos” (TACRIM-SP-2º Gr. Cs. –AP –Rel. Camargo Sampaio – j. 09.03.1983 – JUTACRIM – SP76/21.

“O reconhecimento’ fotográfico, levado a efeito na polícia, não é previsto em lei, sendo, pois de nenhum ou escasso valor” (TACRIM – SP – AP- 5.ª C. – Rel. Denser de Sá – j. 06.11.1979 – JUTACRIM-SP 61/265)

Mas, como dito, há aqueles que reconhecem a sua falta de previsão legal, mas ainda assim o admitem, embora com restritas ponderações:

Prova. Reconhecimento fotográfico. Inexistência de previsão legal. Ausência das formalidades indicadas no art. 266 do CPP. Formação da convicção do juiz na afirmação da responsabilidade penal do acusado. Possibilidade mediante confrontação e conjugação com outros meios provatórios idôneos produzidos no curso da instrução criminal. – “Se o auto de identificação pessoal do réu é prova que deve ser recebida com alguma reserva, em razão da possibilidade da existência de erro pela pessoa que identifica, em razão da diversidade de situações que interferem na sua realização, como, por exemplo, a semelhança entre as pessoas; a sugestionabilidade que pode acometer o reconhecedor; o tempo decorrido desde o crime e, porque, quase sempre não são obedecidas as formalidades indicadas no art. 266 do CPP, fatores que comprometem o conteúdo de possibilidade de veracidade que o auto deve conter, o fotográfico, então, que nem tem previsão legal, só pode exercer alguma influência na convicção do juiz para a afirmação da responsabilidade penal do acusado, excepcionalmente, dependente sempre de sua confrontação e conjugação com outras provas idôneas, produzidas no curso da instrução criminal, que neste caso inexistem” (TACRIM-SP – 10.C. – AP 1.320.565-1 – Rel. Márcio Bártoli – j. 06.11.2002 – RT 813/603).

É evidente que o direito, por ser um fenômeno cultural, não se compagina com a idéia de verdade. Por isso, existindo ou não julgados que o admitem, nada obsta que, por meio da argumentação e da decisão racional, certas concepções sejam revistas pois, como ensina Luís Roberto Barroso, “*Toda interpretação é produto de uma época, de um momento histórico, e envolve os fatos a serem enquadrados, o sistema jurídico, as circunstâncias do intérprete e o imaginário de cada um*”**[3]**.

Com efeito, direito é linguagem, e a linguagem, segundo corrente epistemológica moderna, admite a participação do intérprete na construção da realidade jurídica. É o que leciona Eros Roberto Grau:

“*Em síntese: a interpretação do direito tem caráter constitutivo – não, pois, meramente declaratório – e consiste na produção, pelo intérprete, a partir de textos normativos e dos fatos atinentes a um determinado caso, de normas jurídicas a serem ponderadas para a solução desse caso, mediante a definição de uma norma de decisão*”**[4]**.

Mais enfático é o respeitável Juarez Freitas: "*Não se admite o intérprete passivo de outrora, perspectiva advogada, ainda hoje, por áulicos nostálgicos da Escola da Exegese. (...) Na linha do desvendado por Claus-Wilhelm Cannaris, importa mesmo, em sede de decisão jurídica, a qualidade da eleição das premissas*"[5].

Portanto, se um dia a jurisprudência guiou-se para admitir a validade do reconhecimento fotográfico, nada impede, como se impõe, que uma decisão racional afaste essa praxe. Com efeito, procuraremos demonstrar que o reconhecimento fotográfico é um instituto estranho ao processo penal brasileiro e que a sua aplicação prática não lhe confere existência jurídica. Ora, se o *desuso* não tem o condão de revogar da ordenação jurídica um fenômeno jurídico válido, o *uso* reiterado de uma prática em processos judiciais também não induz a sua inserção nesse mesmo sistema social[6]. O que queremos dizer é que o argumento que o reconhecimento fotográfico há muito é admitido na jurisprudência não lhe confere a juridicidade para a sua manutenção. Até porque, como dizia o grande Rui Barbosa, *a tradição não pode significar o governo dos vivos pelos mortos*[7].

Assim, a **tese central é que o reconhecimento fotográfico não pode ser admitido na prática processual, salvo quando interessar à ampla defesa, e ainda que se o admita, o art. 226 do CPP deve ser observado, sob pena de nulidade**. Essa tese se embasa em três argumentos: (i) o reconhecimento fotográfico não possui previsão legal; (ii) mais que não possuir previsão legal, o inciso II do art. 226 o veda literalmente; por fim, (iii) ainda que se admita a possibilidade de utilização do reconhecimento fotográfico, ele deve observar os requisitos contidos no art. 226 do CPP.

Argumento 1: Da inexistência de previsão legal para o reconhecimento fotográfico

O instituto do reconhecimento fotográfico não possui previsão legal. E se inexistente a previsão legal, difícil é manter-se essa prática. Assim, o procurador da República EUGÊNIO PACHECO DE OLIVEIRA relembra que o CPP, que é de 1940, deve ser relido sob a ótica da CF88:

"Enquanto a legislação codificada pautava-se pelo princípio da culpabilidade e da periculosidade do agente, o texto constitucional instituiu um sistema de amplas garantias individuais.... A mudança foi radical. A nova ordem passou a exigir que o processo não fosse mais conduzido, prioritariamente, como mero veículo de aplicação da lei penal, mas, além e mais que isso, que se transformasse em um instrumento de garantia do indivíduo em face do Estado" (Curso de processo penal, 7ª edição, Del Rey, 2007, p. 7-8). Não se deve perder de vista que o processo penal possui a função fundamental de regular a aplicação do direito penal: sem processo, não há pena. Portanto, o Código de Processo Penal deve sofrer uma *releitura constitucional*[8]

E qual seria a releitura constitucional a que nos referimos?

Pois bem. Partindo da premissa inicial que o reconhecimento fotográfico não possui previsão legal – deixando de lado, portanto, o argumento que faremos mais à frente no sentido de que o próprio art. 226 do CPP o rechaça literalmente –, *o operador do direito terá de motivar racional e juridicamente o dispositivo legal que legitimaria a sua prática. E, ao que parece, tal dispositivo seria o art. 3º do CPP*, que estabelece que a legislação processual, em suma, admitirá interpretação extensiva (e, no caso, a interpretação extensiva seria o reconhecimento *pessoal* fotográfico).

Este art. 3º do Código de Processo Penal, porém, embora não nos pareça não-recepcionado pela CF88, é que exige uma releitura constitucional.

Entendemos, assim, que a *interpretação extensiva* que o art. 3º permite diz respeito a *dispositivos legais que tratem de rito processual, e não de processo penal em si mesmo*.

Ora, a Constituição de 1988 foi quem distinguiu procedimento ou rito de processo, prevendo até mesmo que enquanto somente a lei federal pode tratar de processo penal (art. 22, I), a lei estadual pode disciplinar os procedimentos em matéria processual (art. 24, XI). Este, portanto, é um ponto de vista que pode fazer as vezes de critério para a interpretação conforme a constituição do art. 3º do CPP, mantendo-o vigente, portanto.

Reitere-se: *o caráter instrumental do processo penal democrático desafia regras como a do art. 3º do Código de Processo Penal*, e por isso poder-se-ia até cogitar a sua inconstitucionalidade (em verdade, não-recepção).

A releitura constitucional do CPP se impõe porque ele data de um período de autoritarismo na história do Brasil, e seu genitor foi ninguém menos que Francisco Campos, também conhecido como Chico Ciência, de quem falaremos pouco mais adiante.

Este período é muito bem descrito pelo historiador Boris Fausto:

“No dia 10 de novembro de 1937, tropas da polícia militar cercaram o Congresso e impediram a entrada dos congressistas. O ministro da Guerra – general Dutra – se opusera a que a operação fosse realizada por forças do exército. À noite, Vargas anunciou uma nova fase política e a entrada em vigor de uma Carta constitucional elaborada por Francisco Campos. Era o início da ditadura do Estado Novo”[\[9\]](#).

Tratando do mesmo assunto, o PhD brasileiro, José Murilo de Carvalho, faz a mesma interpretação do período:

“(…) Não se tratava de fascismo ou nazismo, que recorriam a grandes mobilizações de massa. O Estado Novo não queria saber de povo nas ruas. Era um regime mais próximo do salazarismo português, que misturava repressão com paternalismo, sem buscar interferir exageradamente na vida privada das pessoas. Era um regime autoritário, não totalitário ao estilo do fascismo, do nazismo, ou do comunismo”[\[10\]](#).

Mas, faça-se-lhe justiça, Francisco Campos era um político sincero e que não tinha vergonha alguma de externar sua concepção de mundo. Assim, na Exposição de Motivos do Código de Processo Penal, Chico Ciência deixa explícita a intenção de uma de suas criações jurídicas:

“De par com a necessidade de coordenação sistemática das regras do processo penal num Código único para todo o Brasil, impunha-se o seu ajustamento ao objetivo de maior eficiência e energia da ação repressiva do Estado contra os que delinqüem. As nossas vigentes leis de processo penal asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidência das provas, um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão se torna, necessariamente, defeituosa e retardatária, decorrendo daí um indireto estímulo à expansão da criminalidade. Urge que seja abolida a injustificada primazia o interesse do indivíduo sobre o da tutela social. Não se pode continuar a contemporizar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum (...). O processo penal é aliviado dos excessos de formalismo[\[11\]](#) e joeirado de certos critérios normativos com que, sob o influxo de um mal-

compreendido individualismo ou de um sentimentalismo mais ou menos equívoco, se transige com a necessidade de uma rigorosa e expedita aplicação da justiça penal”[12].

O processo penal do Estado Democrático liga-se intimamente ao progresso dos direitos fundamentais. É nesse sentido que leciona AURY LOPES Jr.:

“Com isso, concluímos que a instrumentalidade do processo penal é o fundamento de sua existência, mas com uma especial característica: é um instrumento de proteção dos direitos e garantias individuais. É uma especial conotação do caráter instrumental e que só se manifesta no processo penal, pois se trata de instrumentalidade relacionada ao Direito Penal e à pena, mas, principalmente, um instrumento a serviço da máxima eficácia das garantias constitucionais. Está legitimado enquanto instrumento a serviço do projeto constitucional”[13].

Portanto, tal como o Direito Penal, o Processo Penal também é informado pelo princípio da estrita legalidade. É por isso que alguns doutrinadores de escol, como PONTES DE MIRANDA, se referiam a esse princípio valendo-se de um trocadilho: *princípio da legaliteralidade*[14].

À vista de tudo o que foi dito acima, parece-nos inquestionável que a inexistência de previsão legal para o reconhecimento fotográfico impede a sua aplicação prática, sob pena de se estar agindo em explícita ofensa ao primado da estrita legalidade processual penal. De qualquer sorte, ainda que se procure sustentar a sua aplicação com esteio no art. 3º do CPP, tal dispositivo, por ter em sua gênese o espírito autoritário do Estado Novo, deve sofrer uma filtragem constitucional, restringindo o seu alcance apenas e tão-só ao *procedimento* em processo penal. Apenas matéria que se ligue a esta temática admitiria a interpretação extensiva da lei.

Argumento 2: O Código de Processo Penal não se omite quanto ao reconhecimento fotográfico; ele o veda literalmente.

Apenas por razões argumentativas lançamos a afirmação que o CPP não prevê a figura do reconhecimento fotográfico. Em verdade, o CPP trata do assunto, e no sentido de vedá-lo. A mera interpretação literal diz isso. Transcrevamos, então, o artigo 226 do CPP:

Art. 226. Quando houver necessidade de fazer-se o reconhecimento de pessoa, proceder-se-á pela seguinte forma:

I - a pessoa que tiver de fazer o reconhecimento será convidada a descrever a pessoa que deva ser reconhecida;

II - a pessoa, cujo reconhecimento se pretender, será colocada, se possível, ao lado de outras que com ela tiverem qualquer semelhança, convidando-se quem tiver de fazer o reconhecimento a apontá-la;

III - se houver razão para recear que a pessoa chamada para o reconhecimento, por efeito de intimidação ou outra influência, não diga a verdade em face da pessoa que deve ser reconhecida, a autoridade providenciará para que esta não veja aquela;

IV - do ato de reconhecimento lavrar-se-á auto pormenorizado, subscrito pela autoridade, pela pessoa chamada para proceder ao reconhecimento e por duas testemunhas presenciais.

Parágrafo único. O disposto no nº III deste artigo não terá aplicação na fase da instrução criminal ou em plenário de julgamento.

Antes de tudo, o intérprete/aplicador do direito deverá convir algo que não exige muito esforço hermenêutico: que a palavra 'pessoa' prevista no inciso II do art. 226 tem o sentido de *ter a presença do indivíduo/pessoa a ser reconhecido(a)*.

A afirmação acima – poderia sustentar o hermeneuta da tese contrária à defendida no presente trabalho – não passa de um dogma, um postulado[15]. No entanto, a coisa não é bem assim, como demonstraremos.

Ora, se o oponente da tese aqui sustentada conceber que a palavra pessoa, prevista no inciso II do art. 226, não indica que é necessária a *presença física* da pessoa no ato instrutório, ele, oponente, será desafiado ao seguinte: a (idêntica) palavra pessoa prevista no inciso I permite a mesma interpretação? Se não, o quê distingue as duas palavras 'pessoa'? De outra banda, ainda que se admitisse essa distinção, o inciso IV não seria *necessariamente* tornado letra morta?! Com efeito, se ele prescreve que o ato será lavrado e subscrito pela pessoa chamada para proceder ao reconhecimento e por duas testemunhas *presenciais*, ou o inciso IV se torna letra morta, ou, para a sua manutenção, faz-se a sua (abominável e grotesca) cisão: *a pessoa a ser reconhecida tem de estar presente, mas a pessoa reconhecedora pode reconhecer via internet e as testemunhas dão a sua assinatura por meio de certificação digital!!!*

Essa interpretação, por si só, basta para concluir que o CPP exige a presença física tanto de reconhecedor como de reconhecido. De qualquer modo, há ainda outro argumento que leva à mesma conclusão, como veremos agora.

É que o intérprete-opponente de nossa tese, isto é, que admite o reconhecimento fotográfico *como meio de prova condenatória*[16], poderia dizer que a expressão "*se possível*", prevista no inciso II do art. 226, reconhece e permite o *reconhecimento do ausente*. Assim, diria ele, se possível, faz-se o reconhecimento *na presença*. Se não, não se o faz.

Três contra-argumentos afastam esse entendimento.

O primeiro é que a expressão "*se possível*" não faz ligação direta à palavra "*pessoa*" (no sentido de sua presença física), e sim à expressão subsequente: "*ao lado de outras que com ele tiverem qualquer semelhança*". Ou seja, se possível, a pessoa a ser reconhecida será colocada ao lado de outras semelhantes. Se não houver pessoas semelhantes, não será possível, e por isso a pessoa a ser reconhecida será analisada isoladamente.

A idéia central do inciso II é que a pessoa a ser reconhecida seja colocada ao lado de outras semelhantes. E prova disso é que, se isso não for possível (devido à ausência de pessoas semelhantes), *o dispositivo em si torna-se inócuo*, a ponto de a pessoa a fazer o reconhecimento não necessitar de apontar a pessoa que reconheceu (pois se o réu está isolado, basta que a pessoa reconhecedora diga se reconheceu ou não; é um esforço físico desnecessário levantar o braço e apontar o dedo cujo resultado só pode ser um: o reconhecido).

O segundo contra-argumento está no inciso III: *não se pode admitir receio por fotografia, sob pena de não se poder realizar o ato em si*. Ora, conquanto seja possível (psicologicamente falando) que o trauma da vítima tenha se dado a ponto de esta não poder sequer ver a foto do acusado, deve-se convir que, se isso ocorrer, o próprio ato de reconhecimento fica prejudicado, e não apenas o ato *presencial* de reconhecimento.

Aliás, observe-se que o inciso III deixa escancarado que a finalidade (*telos*) do reconhecimento de pessoas é que reconhecedor e reconhecido sejam colocados na presença, frente a frente: se assim não fosse, para quê a parte final enfatizaria que *“a autoridade providenciará para que esta não veja aquela”*?!

Por fim, ainda que a expressão “se possível” pudesse indicar que, se impossível, o reconhecimento fotográfico seria válido, o seu próprio conteúdo desafia a sua aplicação generalizada.

Realmente, esta situação exigiria que apenas em casos excepcionais se procedesse ao reconhecimento fotográfico, e por casos excepcionais deve-se entender aqueles em que se mostra *faticamente* impossível a realização presencial do ato. Recorde-se que mesmo para doutrinadores que admitem o instituto do reconhecimento fotográfico isso seria a exceção, e não a regra. Nesse sentido se manifesta Eugênio Pacelli de Oliveira:

“O reconhecimento fotográfico não poderá, jamais, ter o mesmo valor probatório do reconhecimento de pessoa, tendo em vista as dificuldades notórias de correspondência entre uma (fotografia) e outra (pessoa), devendo ser utilizado este procedimento somente em casos excepcionais, quando puder servir como elemento de confirmação das demais provas.” (Curso de Processo Penal, 7ª edição, Ed. Del Rey, 2007).

Assim sendo, caberá ao juiz, no caso concreto, verificar a possibilidade ou não do reconhecimento fotográfico mediante os seguintes questionamentos: não era possível a realização do reconhecimento *presencial* de pessoa? Se não o era, tal situação (excepcional e peculiar) não deveria ser explicitamente motivada pela autoridade policial? A palavra “possível” não tem como antítese a “impossibilidade”? A impossibilidade não deve ser demonstrada?^[17] Como se vê, ou se interpreta dessa forma a expressão “se possível”, ou é melhor admitirmos de vez que o CPP em verdade conferiu uma discricionariedade ao aplicador da lei: se possível, faz-se o reconhecimento presencial; se impossível, não. Mas ainda que possível, apenas se for conveniente.

Argumento 3: A admissão da validade do reconhecimento fotográfico não exige este instituto da observância do art. 226 do CPP

Nos dois tópicos acima, procuramos demonstrar que o reconhecimento fotográfico é um instituto estranho ao processo penal brasileiro, e a sua aplicação prática não lhe confere existência jurídica.

No entanto, caso se admita a validade restrita ou irrestrita do reconhecimento fotográfico, *mutatis mutandis*, a ele aplicam-se as formalidades insculpidas no art. 226 do CPP.

Antes, porém, de adentrarmos nessa questão, faz-se necessário rebater eventual desvio de foco argumentativo, que pode ser sintetizado na seguinte indagação: ***as formalidades do art. 226 do CPP devem ser observadas apenas na fase inquisitorial ou também devem sê-lo na fase processual?***

Em nosso entendimento, parece ser indubitável que as formalidades do art. 226 aplicam-se ao reconhecimento realizado em juízo, e isso devido a *três motivos*.

O primeiro é que o art. 226 está localizado no Livro I do Código de Processo Penal, que recebe o título "do **processo** em geral". Assim, outro entendimento que não o de sua aplicação ao processo desafia uma interpretação sistemática da lei.

O segundo é que, além de desafiar uma interpretação sistemática, a recusa na aplicação daquelas formalidades no processo judicial não se coaduna com a própria literalidade do parágrafo único do próprio art. 226. Realmente, se as referidas regras não se aplicam ao processo judicial, mas apenas em sede inquisitorial, qual é a razão de o parágrafo único prescrever que "o disposto no n. III deste artigo não terá aplicação na fase de **instrução criminal ou em plenário do júri**"?! (destacamos).

Já o terceiro é que, à medida que se firmou em doutrina e jurisprudência que os vícios do inquérito policial não contaminam o processo, de duas, uma: ou se entende que as formalidades do art. 226 aplicam-se ao reconhecimento judicial, ou é melhor revogar-se totalmente o referido dispositivo. Ora, se (a) os vícios do inquérito policial não se irradiam sobre o processo e se (b) as formalidades do art. 226 não se aplicam no processo, mas somente na fase pré-processual, tem-se a conclusão (c): o art. 226 é imprestável, sem sentido jurídico, uma vez que tanto o *respeito* quanto o *desrespeito* a suas formalidades não possuem nenhuma consequência jurídico-processual[18].

Retornando ao objeto central do presente tópico, afirmamos que as formalidades do art. 226 também se aplicam ao reconhecimento fotográfico, pois que se assim não se admitir, ter-se-á de concluir que ele não se sujeita a qualquer regulação. Isto é, o reconhecimento *presencial* de pessoas sujeitar-se-ia às formalidades do art. 226, ao passo que o reconhecimento *fotográfico* de pessoas, não!

Por certo, algumas diretrizes previstas naquele dispositivo legal não se compaginam com o reconhecimento via fotografia. Em verdade, os incisos II, III e IV são *faticamente* de impossível aplicação, exceto se se pretender, por exemplo, colocar uma foto ao lado da outra (inciso II)[19].

Pois bem. Se os incisos II, III e IV do art. 226 não se aplicam ao reconhecimento fotográfico, é porque apenas o inciso I lhe é aplicável. E ele prevê que "a pessoa que tiver de fazer o reconhecimento será convidada a descrever a pessoa que deva ser reconhecida".

Ora, se por um lado os incisos II, III e IV não se aplicam ao reconhecimento fotográfico, posto que isso seria uma impossibilidade *fática*, o inciso I, por outro lado, é-lhe perfeitamente aplicável. *Nada obsta que a pessoa reconhecedora descreva a pessoa a ser reconhecida antes de proceder ao reconhecimento das fotografias*.

Assim sendo, mesmo o reconhecimento fotográfico pressupõe a observância do art. 226 do CPP, ao menos no que atina ao inc. I, este sim de absoluta aplicabilidade prática e que, se adversado, deverá ensejar a nulidade do ato, posto que o inciso IV do art. 564 do CPP prescreve que ocorrerá nulidade por omissão de formalidade que constitua elemento essencial do ato.

[1] É o que adverte Eduardo Galeano: “*Nossa melhor publicidade são os noticiários da televisão, diz, e sabe o que diz, um dos especialistas em venda de segurança. Na Guatemala, há cento e oitenta empresas do ramo, no México seiscentas, no Peru mil e quinhentas. Há três mil na Colômbia. No Canadá e nos Estados Unidos, gasta-se com a segurança particular o dobro do que se gasta com a segurança pública*”. (De pernas pro ar – a escola do mundo ao avesso. 8ª edição, LPM Pocket, 2006, p. 107). Recentemente no Brasil, após a ocorrência de um caso de cárcere privado ocorrido no município de Santo André, Estado de São Paulo, e que mereceu inacreditável participação da mídia – que chegou ao ponto de falar via celular em rede nacional com o super-astro do crime! – o jornal Folha de SP, poucos dias depois do desfecho do referido caso, noticiou que o governo brasileiro pioneiramente autorizou que as seguradoras forneçam um seguro contra seqüestro, onde o resgate seria assumido pela seguradora (Folha de SP, 23/10/08, pág. C6). Agora, como se vê, seqüestrar é um negócio menos arriscado do ponto de vista do criminoso. E do ponto de vista da seguradora, os meios de comunicação se encarregam de captar a clientela necessária para o equilíbrio econômico-financeiro, pois até mesmo quem, por sua condição social, não tem o direito de ser seqüestrável certamente irá à busca dessa pseudo-garantia de paz e tranquilidade.

[2] Quem denuncia isto é ninguém menos que Aury Lopes Jr: “*O ponto de estrangulamento é o nível de (in)observância por parte de juízes e delegados da forma prevista no Código de Processo Penal*” (Direito Processual Penal, vol I, Lumen Juris, 2007, p. 631). O autor cita, inclusive, que na Itália o reconhecimento, sob pena de nulidade, é precedido por uma descrição da testemunha sobre as características do suposto criminoso

[3] *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro*, in: Revista de Direito Administrativo, n. 225, Malheiros, São Paulo, 2003, p. 9.

[4] *A ordem econômica na Constituição de 1988*, 9ª edição, Malheiros, São Paulo, 2004, p. 147.

[5] *O intérprete e o poder de dar vida à constituição*, in: Estudos em Homenagem ao Professor Paulo Bonavides, Malheiros, São Paulo, 2003, p. 231 e 229.

[6] Exceto para quem, como Kelsen, admita o costume como fonte formal do direito: “*(...) também não se considera como válida uma norma que nunca é observada ou aplicada. E, de fato, uma norma jurídica pode perder a sua validade pelo fato de permanecer por longo tempo inaplicada ou inobservada, quer dizer, através da chamada desuetudo. A desuetudo é como que um costume negativo cuja função essencial consiste em anular a validade de uma norma existente. Se o costume é em geral um fato gerador de Direito, então também o Direito estatuído (legislado) pode ser derogado através do costume*” (*Teoria Pura do Direito*, tradução de João Baptista Machado, 6ª edição, Martins Fontes, São Paulo, 1998, p. 237).

[7] Nessa linha pensa o doutrinador e magistrado aposentado, Adauto Suannes: “*(...) o fato de os Tribunais fazerem certas afirmações de modo reiterado não deve significar que isso possa ser aceito sem mais detença por todos aqueles que se debruçam sobre a ciência do Direito e as demais ciências auxiliaadoras do aplicador da lei, cabendo principalmente ao doutrinador cotejar decisões judiciais com seu necessário substrato científico, sob pena de praticarem mero exercício de nefelibatismo jurídico*”. *A inconstitucionalidade da elevação da pena pela reincidência e a inaceitabilidade do reconhecimento fotográfico*. Jurisprudência Comentada, Revista Brasileira de Ciências Criminais, RT, ano 4, número 13, janeiro/março de 1996, p. 322.

[8] “*Para nós, não é mais admissível compreender e muito menos seguir aplicando o processo penal sem a filtragem constitucional. O Código de Processo Penal de 1941 não está superado apenas pelo tempo; está superado também por força da incompatibilidade normativa com o texto de 1988, em cujo bojo construiu-se um sistema de garantias individuais com abrangência suficiente para fazer evaporar diversos dispositivos do nosso CPP*” (*Curso de processo penal*, 7ª edição, Del Rey, 2007, p. 3).

[9] *História Concisa do Brasil*, Edusp, São Paulo, 2006, p. 200.

[10] *Cidadania no Brasil – o longo caminho*, 8ª edição, Civilização Brasileira, Rio de Janeiro, 2006, p. 109

[11] Certamente, partindo da finalidade ali almejada, o art. 3º do CPP funciona como um verdadeiro obstáculo ao formalismo e que, hoje, na vigência da CF88, se não for bem interpretado poderá desafiar a concepção moderna do processo penal. Daí o porquê de termos proposto que a validade e a vigência do art. 3º se mantêm, mas o texto deve sofrer uma releitura (interpretação) conforme a constituição, o que, salvo melhor juízo, é alcançado quando se restringe a aplicação extensiva apenas ao que diz respeito a rito, mas não a processo.

[12] Exposição de Motivos do Código de Processo Penal, item II.

[13] *Direito Processual e sua Conformidade Constitucional*, vol I, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2007, p. 27.

[14] *Apud*, Eugênio R. Zaffaroni e Nilo Batista, *Direito Penal Brasileiro*, vol. I, Revan, p. 202.

[15] E, como leciona Tercio Sampaio Ferraz Jr., “*um dogma não se questiona não porque ele veicula uma verdade, mas porque ele impõe uma certeza sobre algo que continua duvidoso*” (Introdução ao Estudo do Direito, 2ª edição, Atlas, São Paulo, 1989, p. 44).

[16] Isso porque, segundo nos parece, se vítima e réu, por exemplo, estivessem por considerável tempo hospitalizados e necessariamente não pudessem ser postos em um mesmo local para a realização do reconhecimento pessoal, tornando, assim, *impossível* que se o fizesse na forma *presencial*, é evidente que eventual reconhecimento fotográfico *que culminasse com a absolvição do réu* deveria ser entendido como válido. Dois pesos e duas medidas? Sim, mas isso com base na Constituição, que consagrou a regra da AMPLA defesa (art. 5º, inciso LV) e rechaçou a ampla acusação.

[17] “*A diferença entre regra e exceção está no fato de que a exceção deve ser justificada*” (Norberto Bobbio, *Igualdade e Liberdade*, Tradução: Carlos Nelson Coutinho, Ediouro, Rio de Janeiro, 1996, p. 10). “*Quem quiser tratar uma pessoa A de forma diferente do que a pessoa, está obrigado a justificar isso*” (Robert Alexy, *Teoria da Argumentação Jurídica*, Tradução: Zilda Hutchinson Schild Silva, Landy, São Paulo, 2001, p. 294). “*(...) por via do princípio da igualdade, o que a ordem jurídica pretende firmar é a impossibilidade de desequiparações fortuitas ou injustificadas*” (Celso Antônio Bandeira de Mello, *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*, 3ª edição, Malheiros, São Paulo, 1997, p. 18).

[18] E para quem insistir em entender que as formalidades do reconhecimento de pessoa se aplicam apenas no âmbito inquisitorial, e não processual, veja-se o comentário do ex-Delegado da Polícia Federal e professor da PUC-RS, Átilo Antonio Cerqueira, ao tratar do inciso VI do art. 6º do CPP (artigo este que dispõe sobre as incumbências da autoridade policial no inquérito); “*É comum que haja, no transcurso da investigação, a necessidade de realização do reconhecimento de pessoas e coisas (objetos). Para tanto, a autoridade procederá conforme previsto nos arts. 226 a 228 do CPP, providenciando que a testemunha descreva, inicialmente, o mais minudentemente possível, o objeto ou a pessoa a ser reconhecida e, só após, se efetive o reconhecimento propriamente dito*” (*Código de Processo Penal Anotado*, org. Marcus Vinicius Boschi, Livraria do Advogado, Rio Grande do Sul, 2008, p. 21) (destacamos).

[19] Isso seria realmente grotesco, mas veja-se que se o intérprete admitir que colocar uma foto ao lado da outra é mais seguro (do ponto de vista da ampla defesa) do que simplesmente passar várias fotos, já aqui o aplicador da lei enfrentará variados empecilhos na prática processual. Isso porque, segundo nos conta a experiência, é comum que a autoridade policial apresente as fotografias com o auxílio de computador, e nesse caso não se há de cogitar de uma foto ao lado da outra (ao menos em geral).